Der Automatenmißbrauch in seiner strafrechtlichen Beurteilung nach Inkrafttreten des § 265a StGB.

Abhandlung

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität

zu Bonn

vorgelegt von

Alois Triebler

Gerichtsreferendar

aus

Schwelm i. W.

Rietberg i. W. 1937

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. Graf zu Dohna
und Dr. von Weber.

Meiner Mutter
gewidmet.

Gliederung.

I. Einleitung.

II. Begriff und Arten der Automaten.

III. Die strafrechtliche Beurteilung des Automatenmißbrauchs.

A. Betrug.

B. Diebstahl.

1. Schwerer Diebstahl.

2. Notdiebstahl.

3. Verbrauchs- und Genußmittelentwendung.

C. Elektrizitätsdiebstahl.

IV. Automatenmißbrauch (§ 265 a St.GB).

A. Auslegung des § 265 a.

B. Die aus dem Hilfscharakter des § 265 a sich ergebenden Schwierigkeiten seiner Anwendung.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Binding: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. I. 1902.

Binding: Normen und ihre Uebertretung. Bd. II. 2. Hälfte. 1916.

Caesar: Der strafrechtliche Automatenschutz nach geltendem und künftigem Recht. Diss. Köln 1931.

Deutsche Juristen Zeitung (DJZ).

Ertel: Der Automatenmißbrauch und seine Charakterisierung als Delikt. Diss. Erlangen 1898.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. 1929.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt).

Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. 1927. (Entwurf 1927 — Reichstagsvorlage).

Finger: Reichs- und Landesstrafrecht im Lichte der Rechtsprechung des Reichsgerichts in RG-Festgabe.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.

Freiesleben-Kirchner-Niethammer: Nachtrag zum Olshausen'schen Kommentar. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in der seit dem 1. September 1935 gültigen Fassung. 1936.

Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil. 2. Aufl. 1936.

Gerichtssaal (GS).

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. 2. Aufl. 1932.

Goltdammer: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.

Heubusch: Die Automaten im Strafrecht und im Gewerberecht. Diss. Erlangen 1915.

Juristische Wochenschrift (JW).

Matzke: Was bedeutet die Ueberwindung der liberalistischen Weltanschauung für die heutige Stellung des Richters zum Strafgesetz? JW 1934/1609 ff.

Meili: Strafrechtliche Handlungen an Automaten (DJZ. 1898, 382).

Meyer-Allfeldt: Lehrbuch des Strafrechts. 8. Aufl. 1922.

Mezger: Strafrecht. 1931.

Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preußischen Justizministers. 1933.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. 1927.

Reichgerichtspraxis, Die, im Deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Bd. 5. Strafrecht und Strafprozeß.

Schiller: Rechtsverhältnisse der Automaten. Diss. Zürich 1898.

Seckel: Die Automaten im Strafrecht. Diss. Marburg 1904.

Schmitz, Joh.: Der Automatenmißbrauch in strafrechtlicher Beziehung. Diss. Köln 1933.

Schmitz, Theod.: Der Münzfernsprechermißbrauch. Diss. Köln 1935.

Schäfer-Dohnanyi: Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935.

Schäfer-Lehmann-Dörffler: Die Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren von 1935.

Schwarz: Strafgesetzbuch. 1936.

Staudinger-Schmitt: Strafgesetzbuch. 1936.

Stenglein, M.: Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs. 5. Aufl. 1931.

Wolf, Erik: Der Sachbegriff im Strafrecht. (Reichsgerichtspraxis V. 44 ff.).

I. Einleitung.

Das kommende Strafrecht wird Willensstrafrecht sein. Es wird sich nicht damit begnügen, gegen die erfolgte Verletzung des Gemeinschaftsfriedens und der Gemeinschaftsordnung einzuschreiten, sondern es wird bereits den Täter treffen, der willens und im Begriffe ist, den Rechtsfrieden zu brechen. Die strafrechtliche Reaktion soll nicht erst dann einsetzen, wenn es zum Erfolg des Verbrechens, zur vollendeten Tat gekommen ist, sondern es soll schon der vom Täter unternommene Versuch zurückgeschlagen werden. Man bekämpft das Verbrechen sicherer und verhütet seine verderbliche Wirkung besser, wenn man grundsätzlich und in jedem Falle einschreitet; wenn also der Versuch die typische Erscheinungsform des Verbrechens wird. Wartet man, bis die Tat vollendet ist, so wartet man zugleich auch in einer der Gemeinschaft gegenüber nicht zu verantwortenden Weise auf die Vernichtung von Werten, die meist nicht mehr voll wieder herstellbar sind. Das Strafrecht darf also nicht „Tatstrafrecht", es muß „Willensstrafrecht" sein, es muß im Keime bereits den die Tat beginnenden Verbrecherwillen ersticken. Würde man freilich den Gedanken des „Willensstrafrechts" überspannen, so würde der eben erst erreichte Vorteil gleich in einen empfindlichen Nachteil gewandelt. Das feste Gebäude klar abgegrenzter Strafrechtstatbestände würde verfallen. Ein Strafrecht, das starr und selbst auf Kosten der Gerechtigkeit an unverrückbaren Tatbeständen festhält, ist ein unsicherer Garant der Gemeinschaft. Ein Strafrecht aber, das die objektiven Tatbestände auflöst, lähmt die Arbeit der Gemeinschaft, und bringt den einzelnen in die unerkannte und nicht voraussehbare Gefahr einer innerlich nicht gerechtfertigten Bestrafung. Diese Gefahr hat Kohlrausch (in anderem Zusammenhang) sehr deutlich in ihrer praktischen Auswirkung aufgezeigt: „Die Grenzen zwischen strafbarem und straflosem Verhalten

sind so flüssig, daß der Gesetzgeber nicht auf Richtlinien verzichten kann, wo etwa Wirtschaftsoptimismus oder tönende Reklame oder die Ausnutzung fremder Leichtgläubigkeit oder fremden Leichtsinns zum „Betrug" werden, die Ausbeutung einer Konjuktur oder fremder Aengstlichkeit zur „Erpressung", Unzuverlässigkeit zur „Untreue", Hartherzigkeit zum „Wucher", oder wo der, der dem Grundsatz huldigt non olet, zum Hehler wird. Typenbildung ist unerläßlich. Sie ist auch volkstümlich" [1]). Aus denselben Gründen wird das kommende Gesetz auch keinen Tatbestand enthalten, der entsprechend dem Vorschlag des preußischen Justizministers (Denkschrift S. 103) denjenigen bestraft, der durch Täuschungsmittel oder „auf andere gegen die guten Sitten verstoßenden Weise" einem anderen „vorsätzlich" Schaden zufügt [2]). Es muß also an den objektiven Tatbeständen als den sicheren Grenzsteinen der Strafbarkeit festgehalten werden. Strafbar kann sich nur derjenige machen, strafbar macht sich aber auch schon derjenige, der den Versuch unternommen hat, einen bestimmten strafrechtlichen Tatbestand zu verwirklichen. Strafe darf grundsätzlich nur an Hand bestimmter Tatbestände verhängt werden. Der Richter hat Recht anzuwenden, die Rolle der gesetzgebenden politischen Führung fällt ihm nicht zu. Mit Rücksicht hierauf muß der Gesetzgeber bedacht sein, Lücken, die sich bei Anwendung der gesetzlichen Tatbestände zeigen, durch die Bildung eines oder mehrerer neuer Tatbestände zu schließen. Er kann und darf sich nicht darauf verlassen, daß solche Lücken mit Hilfe des die Analogie zu Ungunsten des Täters zulassenden § 2 ausgefüllt werden. Analogie ist und bleibt „Notbehelf", sie ist aber nicht eine allgemeine Ermächtigung, die zudem noch die Versuchung groß werden läßt, über die der Analogie gesetzten Grenzen hinweg bedenkenlos eine Strafe zu verhängen, wo weder der Grundgedanke eines Gesetzes noch folgerichtiges Denken Bestrafung zuläßt. Die zahlreiche Novellengesetzgebung des neuen Staates beweist, daß die politische Führung von den gleichen Gedanken sich leiten läßt.

Auch der den Gegenstand dieser Arbeit bildende § 265 a RStGB ist aus solchem Denken geboren. Die Möglichkeit einer

[1]) Gürtner. Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil. 2. Aufl. 1936. Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen, Prof. Kohlrausch, S. 474 f.

[2]) Vgl. Prof. Dahm, Betrug bei Gürtner, a. a. O. S. 459.

Bestrafung im Wege der Analogie bestand — wie sich noch zeigen wird — in einigen Fällen. Der Gesetzgeber hat es trotzdem nicht unterlassen, die Lücken, die sich zeigten, durch einen festumrissenen Tatbestand auszufüllen.

Er hat aber trotzdem diesen Tatbestand nur als Hilfstatbestand aufgestellt. Es bleibt die Möglichkeit der Bestrafung nach anderen Vorschriften, falls diese eine schwerere Strafe androhen. Diese Fassung war unumgänglich, wenn man erwog, daß in manchen Fällen des Automatenmißbrauchs die in § 265 a angedrohte mildere Strafe gerecht erscheint, daß aber in manchen Fällen, die unter andere Strafbestimmungen gefaßt werden können, die dort gegebenenfalls festgelegte höhere Strafe Platz greifen sollte.

Freilich bringt der subsidiäre Charakter der Vorschrift den Rechtsanwendenden in die mißliche Lage, die schwierige Grenzziehung zwischen den einzelnen Tatbeständen und die oft noch zweifelhaftere Subsumption doch vornehmen zu müssen.

Mit dem täglich zu beobachtenden Anwachsen des Gebrauchs von Automaten wächst auch die Gefahr eines Mißbrauchs und die Zahl der tatsächlich verübten Mißbrauchsfälle, sofern man sie nicht durch technische Verfeinerungen zu beschränken in der Lage war. So ist der Versuch gerechtfertigt, die sich aus der Anwendung des § 265 a ergebenden Schwierigkeiten einer Lösung zuzuführen. Solche Schwierigkeiten sind schon sehr bald nach Inkrafttreten der Vorschrift bemerkt worden. Eine endgültige Lösung ist noch nicht gefunden.

II. Begriff und Arten der Automaten.

Automaten sind dem Wortsinne nach — das Wort ist dem griechischen *αὐτόματος* entlehnt — selbsttätige mechanische Vorrichtungen. Wird der Begriff in so weitem Sinne gebraucht, so unterfallen ihm sämtliche Maschinen, die menschliche Arbeitskraft ersetzen. Automaten sind dann, um nur einige entlegene Beispiele anzuführen, Rotationsmaschinen, Kraftwagen, Kreissägen u. a. m.

Offenbar faßt der tägliche Sprachgebrauch den Begriff erheblich enger. Für ihn sind Automaten nur diejenigen Apparate, die, meist gegen Einwurf eines Geldstückes, Waren abgeben oder eine Leistung vollbringen.

Der erhebliche Unterschied des Umfanges der beiden Begriffsbedeutungen gibt die Frage auf, welche von ihnen der Auslegung des § 265 a zugrunde zu legen ist.

Juristische Begriffsbestimmungen sind nicht Definitionen im philosophischen Sinne, d. h. sie wollen und sollen nicht ihren Gegenstand mit absoluter Gültigkeit bestimmen. Sie greifen vielmehr das zu Bestimmende aus einem Sinnzusammenhang, nämlich den betreffenden Rechtssatz heraus und sind daher an den Rahmen dieses Sinnzusammenhangs gebunden. Da Rechtssätze normative Sätze sind, erfüllt die Bestimmung eines in diesem Rechtssatz gebrauchten Begriffs ihre Aufgabe nur dann, wenn sie die Wert- und Zweckgebundenheit des zu bestimmenden Begriffs beachtet. Juristische Definitionen sind also Zweckdefinitionen.

Wenn demnach bei der Auslegung eines Rechtsbegriffs der Sprachgebrauch zu Rat gezogen wird, so kann das nur eine vorläufige Maßnahme sein. Erst wenn sich ergibt, daß er vom Gesetz, innerhalb des rechtlichen Zusammenhangs in gleichem Sinne verstanden wird, kann er für die Auslegung so übernommen werden, wie ihn der Sprachgebrauch kennt.

§ 265 a will das Erschleichen von Leistungen eines Automaten unter Strafe stellen. Er verdankt lediglich der Tatsache seine Entstehung, daß die Fälle des Automatenmißbrauchs teils nur mit Schwierigkeit, teils überhaupt nicht unter strafrechtliche Tatbestände zu subsumieren waren. Beide Momente, die Bezeichnung der tatbestandlichen Handlung als Erschleichen und der Hilfscharakter der Vorschrift, ergeben den Rahmen, der für die Bestimmung des Automatenbegriffs maßgeblich sein muß. Erschlichen können nur Leistungen solcher Automaten werden, die dem Publikum zur Benutzung zur Verfügung stehen, nicht aber Leistungen irgendwelcher Maschinen, die technisch auch den Namen eines Automaten verdienen, weil sie selbsttätig mehrere Arbeitsgänge verrichten. Automatische Drehbänke, Fräsmaschinen, Packmaschinen, Kraftwagen, Kreissägen können widerrechtlich benutzt werden; aber eine solche Handlung stellt entweder einen Gebrauchsdiebstahl dar, der bekanntlich im kommenden Recht nicht als Diebstahl, sondern als besonderer Gebrauchsdiebstahl dort ausdrücklich unter Strafe gestellt werden soll, wo man eine Strafe für erforderlich hält [3]), oder die Handlung ist, falls die Benutzung nur mit Hilfe einer Täuschung möglich war, Betrug. Von Erschleichen einer Automatenleistung kann aber nur dann die Rede sein, wenn ein Automat gegen Hingabe eines Entgelts von sich aus tätig zu werden pflegt, ohne daß man den Aufsteller selbst zu bemühen braucht. Gerade diese Fälle der unentgeltlichen heimlichen Benutzung von allgemein zugänglichen Automaten waren es, die sich als nicht erfaßbar herausgestellt hatten.

So kann also nur der im gemeinen Sprachgebrauch übliche Wortsinn der Auslegung des § 265 a maßgeblich sein.

Unter den hierdurch, entsprechend der Sinnbedeutung des § 265 a, eingeengten Automatenbegriff fällt noch eine solche Fülle verschiedener Automatenarten, die man vielleicht in ihrer Gesamtheit Geschäftsautomaten nennen kann, daß eine Einteilung schon mit Rücksicht auf eine klare Gliederung der Darstellung geboten erscheint.

Diese Einteilung muß aber, was in der Automatenliteratur nur zu oft übersehen worden ist, unter strafrechtlichen Gesichtspunkten vorgenommen werden. Die Mängel der in der Literatur

[3]) Vgl. Kohlrausch, a. a. O. S. 485.

anzutreffenden Einteilungen rühren gerade daher, daß man den leitenden Gedanken, unter dem jede Gliederung stehen muß, vergessen oder überhaupt nicht bedacht hat.

Als vorläufige Einteilung, — vorbehaltlich ihrer späteren Rechtfertigung —, wird man die bereits in der Erlanger Dissertation von Ertel[4]) aus dem Jahre 1898 vorgeschlagene Gliederung übernehmen können. Ertel unterscheidet Waren- und Dienstautomaten.

Dieser Unterscheidung ist der Vorwurf gemacht worden, sie sei „ungenügend und lückenhaft“[5]). Es gebe Inhaberpapierautomaten[6]), deren Leistung nicht in der Hergabe einer Ware bestehe, die also richtigerweise nicht unter die Warenautomaten eingereiht werden könnten. Andererseits gebe es Automaten, die nicht als Dienstautomaten angesprochen werden könnten, so die Ausspielautomaten.

Diese Einwände sind samt und sonders unberechtigt. Strafrechtlich gesehen ist es völlig gleichgültig, ob man Inhaberzeichen als Ware ansehen kann oder ob auch bei den Ausspielautomaten ein zivilrechtlicher Dienst zustande kommt. Ausschlaggebend kann allein sein, daß bei der ersten Gruppe Fälle des Diebstahls und ähnlicher Sachentziehungsdelikte denkbar sind, während bei der zweiten Gruppe höchstens das Vorliegen eines Betruges erörtert werden kann. Man hat mit erstaunlicher Akribie Einteilungen vorzunehmen versucht, die bis zu sieben Gruppen von Automaten aufzählen. Sie sind nur insoweit verwendbar, als man durch sie auf die Frage gestoßen wird, ob man auch die Elektrizitätsautomaten unter die Gruppe der Warenautomaten zu stellen berechtigt ist. Das kann allerdings auch unter strafrechtlichem Gesichtspunkt, da hier als weiteres denkbares Delikt der sogenannte Elektrizitätsdiebstahl in Betracht kommt, füglich bezweifelt werden.

Allein nur die Tatsache, daß neben den Sachentziehungsdelikten hier auch diese besondere strafrechtliche Bestimmung

---

[4]) Vgl. Ertel, Der Automatenmißbrauch und seine Charakterisierung als Delikt. Diss. Erlangen 1898. S. 10.

[5]) Vgl. Heubusch, Die Automaten im Strafrecht und im Gewerberecht. Diss. Erlangen 1915. S. 5.

[6]) Man hat nicht weniger als drei verschiedene Bezeichnungen für diese Gruppe ersonnen. Cäsar S. 11 nennt sie wie üblich Inhaberpapierautomaten; Schiller: Versicherungsautomaten; Seckel: Legitimationspapierautomaten.

nachgeprüft zu werden verlangt, kann keinen zwingenden Grund dafür hergeben, aus diesen Automaten eine besondere Gruppe zu bilden.

So also hat sich die anfangs übernommene Aufteilung in Waren- und Dienstautomaten als gerechtfertigt erweisen lassen.

III. Die strafrechtliche Beurteilung des Automatenmißbrauchs.

Wollte man im Anschluß an diese Einteilung bei den beiden Automatenarten mit der Untersuchung der Anwendbarkeit der verschiedenen in Erwägung zu ziehenden strafrechtlichen Tatbestände beginnen, so würde man sich der Gefahr überflüssiger Wiederholungen aussetzen. Man kann sie vermeiden, wenn man von den einzelnen Tatbeständen ausgeht, also jeweils den einzelnen Tatbestand daraufhin nachprüft, ob er auf Fälle des Mißbrauchs von Waren- oder Dienstautomaten anwendbar ist.

Da ferner § 265 a eine subsidiäre Strafvorschrift ist, legt er selbst es dringend nahe, vor seiner eigenen Behandlung alle übrigen in Betracht kommenden Tatbestände zu erörtern. Unter ihnen kann der Betrug an erster Stelle stehen. Da diese Wahl nicht von irgendwelchen rechtlichen Erwägungen bestimmt ist, kann sie auf den Tatbestand fallen, an den vielleicht der Laie am ehesten denken wird.

A. Betrug (§ 263)

„Betrug begeht, wer jemanden durch arglistige Täuschung oder durch arglistiges Verschweigen zu einer Handlung, Duldnng oder Unterlassung bestimmt und dadurch dem Vermögen des Getäuschten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten aus dem Vermögen des Geschädigten unberechtigt zu bereichern.“ Diese Fassung des Betrugstatbestandes im kommenden Recht bringt bewußt klar zum Ausdruck, daß das Wesen dieses Delikts, in der durch arglistische Täuschung veranlaßten Schädigung des Vermögens eines anderen liegt.

Der Betrug erfordert somit:

1. Die Schädigung des Vermögens eines anderen. Woraus sich ergibt, daß nicht jede Art der Schädigung eines

anderen durch Täuschung bereits Betrug ist. Man würde sonst die Grenze zwischen diesem Delikt und der Urkundenfälschung, den Eidesdelikten, Konkursdelikten, der Ehe- und Beischlaferschleichung völlig verwischen [7]). Der Betrug ist und bleibt Vermögensdelikt.

2. Unter den Vermögensdelikten hebt sich der Betrug durch die Methode der Vermögensschädigung heraus. Betrug ist Vermögensschädigung durch Täuschung. Seinem Wesen gemäß verlangt er also, daß jemand, veranlaßt durch Täuschung, sich bereit findet, über sein oder eines anderen Vermögen in Schaden bringender Weise zu verfügen. Der Getäuschte wird, ihm selbst unbewußt, zum „Bundesgenossen" [8]) des Betrügers gemacht.

Der Betrug setzt eine Täuschungshandlung voraus. Der noch geltende § 263 StGB unterscheidet zwei Formen der Täuschungshandlung. Er kennt sie als Vorspiegeln falscher und als Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Das kommende Recht wird einfacher von arglistiger Täuschung und arglistigem Verschweigen sprechen. Die Differenzierung in zwei Handlungsformen wird in ihrem Kern also beibehalten.

Dagegen erfährt der Begriff der Täuschungshandlung in anderer Richtung eine wesentliche Erweiterung. § 263 beschränkt sich auf die Bestrafung der Täuschung über Tatsachen. Damit schließt er die Täuschung durch Abgabe von Werturteilen aus, offenbar von dem Gedanken beeinflußt, daß die eine leichter als die andere ihr Ziel erreicht, weil sie Tatsachenwiedergabe ist, aber auch von der ängstlichen Sorge geleitet, daß eine genaue Grenzziehung zur übertreibenden, jedoch noch erlaubten Reklame, zur schwindlerischen Abgabe eines Werturteils überhaupt unmöglich gemacht werde.

Automatenbetrug durch Abgabe unrichtiger Werturteile ist so gut wie unvorstellbar. Dagegen kann eine Täuschung über Tatsachen gegeben sein. Vorspiegeln falscher Tatsachen wie auch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen bezeichnen beide ein tätiges auf Irreführung gerichtetes Handeln.

---

[7]) Dahm bei Gürtner, a. a. O. S. 458.

[8]) Binding, Bes. Teil. Bd. I. S. 344.

Vorspiegeln kann man durch Wort, Schrift und schlüssige Handlung. Entstellung ist nach Frank [9]) sowohl die Verschiebung der richtigen Verhältnisse als auch das Hinzufügen oder Auslassen einzelner Momente. Durch Unterdrückung verhindert der Täter, daß der andere das Vorhandene oder Geschehene erkennt [10]). Erst das Verheimlichen verhindert die Erkenntnis der wahren Lage.

Alle diese Unterscheidungen können, abgesehen von ihrer praktischen Wertlosigkeit, vor der reinen Logik nicht bestehen. Wer falsche Tatsachen vorspiegelt, verhindert zugleich auch die Erkenntnis des Wahren, unterdrückt also wahre Tatsachen. Allein der gemeinte Sinn ist ein anderer. Das Vorspiegeln rückt mehr die Erweckung falschen Scheins in den Vordergrund, dem nichts Wahres zugrunde liegt, während die Unterdrückung besagt, daß das wirklich Vorhandene verheimlicht wird.

Wer in einen Automaten ein Geldstück einwirft, erbringt damit die Gegenleistung für die von dem Automaten herzugebende Leistung. Wer jedoch statt eines echten Geldstücks ein Falsifikat oder sonst irgendeinen wertlosen Gegenstand einwirft, spiegelt damit vor, daß er die richtige Gegenleistung erbracht habe. Sinngemäß kann von einer wahren Tatsache, die verheimlicht wird, nicht gesprochen werden. Das Vorliegen einer Täuschungshandlung scheint man danach unbedenklich bejahen zu können [11]).

Allein es erscheint doch bedenklich, von einer Täuschungshandlung auch dann zu sprechen, wenn keine Person zugegen ist, die überhaupt getäuscht werden könnte. Der Automat arbeitet selbsttätig, ohne den Aufsteller; der Aufsteller kann deshalb die zu täuschende Person nicht sein. Die Annahme, daß man den Automaten selbst täuschen könne [12]), gehört ins Reich der Fabel.

---

[9]) Frank, § 263 II 2.

[10]) Olshausen, § 263 Anm. 12.

[11]) Bisweilen wird das Vorliegen einer Täuschungshandlung vorschnell bejaht, vgl, z. B.: Joh. Schmitz, Der Automatenmißbrauch in strafrechtlicher Beziehung. S. 14; Ertel, a. a. O. S. 17; Cäsar, Der strafrechtliche Automatenschutz nach geltendem und künftigem Recht. S. 20. Der erstere beruft sich völlig zu Unrecht auf Olshausen und Ebermayer.

[12]) Günther, Das Automatenrecht. S. 31.

Die hiermit aufgeworfene Frage berührt sich aufs engste mit einer anderen, nämlich mit der Abgrenzung der Fälle des sogenannten Mangels am Tatbestand, von denen des untauglichen Versuchs. Von einer Täuschungshandlung zu sprechen, hat nur dann Sinn, wenn der Automatenmißbrauch durch Einwerfen eines falschen Geldstückes Betrugsversuch, also Anfang der Ausführung einer Betrugshandlung im Sinne des § 43 ist. Denn wenn diese Handlung als ein Fall straflosen Mangels am Tatbestand angesehen werden muß, dann ist es rechtlich völlig gleichgültig, welchen Namen man ihr beilegt; jedenfalls kann sie dann nicht Täuschungshandlung im Sinne des § 263, Anfang einer Betrugshandlung sein.

Der begriffliche Gegensatz zwischen einem Fall des Mangels am Tatbestand und einem untauglichen Versuch muß im Rahmen dieser Abhandlung als bekannt vorausgesetzt werden [13]). Der Täter kann nicht versuchen zu vollenden, was garnicht von seinem kausalen Handeln abhängig ist. Umstände, die nicht von seinem Handeln abhängen, sind entweder gegeben oder sie sind es nicht; der Täter findet in den Fällen des Mangels am Tatbestand eine Lage vor, auf die er kausal keinen Einfluß hat. Der Begriff des Mangels am Tatbestand steht fest; unklar aber bleibt, wo die Grenze zum strafbaren Versuch am untauglichen Objekt verläuft. Der Taschendieb, der in eine zufällig leere Tasche greift, ist zweifellos strafbar. Der Täter, der auf eine Leiche schießt, muß fraglos ohne Strafe bleiben. Die Entscheidung, ob der Automatenmißbrauch strafbare Täuschungshandlung ist, hängt also davon ab, ob die Handlung dem einen oder dem anderen Fall gleichzustellen ist. Graf zu Dohna [14]) stellt für die Lösung der Schwierigkeit auf die Richtung des verbrecherischen Willens die größere oder geringere Bestimmtheit des Angriffs ab. Richtet sich der Angriff nicht gegen ein bestimmtes Objekt, sondern gegen eine Stelle, an der der Täter ein taugliches Objekt nur vermutet, während sich dort gerade ein solches nicht befindet, so ist Versuch anzunehmen, dagegen liegt Mangel am Tatbestand vor, sobald die Frage nach der Existenz des Objektes auftaugt. Nur wenn der Täter es auf ein bestimmtes Objekt abgesehen hat, kann von einem Mangel

[13]) Graf zu Dohna, Festschrift für Güterbock. S. 37 ff. (S. 49); JW 1932/3085.

[14]) Graf zu Dohna, a. a. O. S. 68.

des Objektes gesprochen werden, denn nur dann fällt die Frage der Existenz des Objektes ins Gewicht. Vom Objekt aus gesehen kann man auch sagen: Wenn es Zufall ist, daß der Täter das Objekt nicht trifft, liegt strafbarer Versuch vor, denn es hätte sehr leicht ein Objekt vorhanden sein können; dann hätte der Täter sein Ziel erreicht. Muß aber die Existenz des Objekts überhaupt in Abrede gestellt werden, kann also der Täter wegen des fehlenden Objekts sein Ziel überhaupt nicht erreichen, dann ist Mangel am Tatbestand gegeben.

Damit ist die Entscheidung auch für die oben gestellte Frage getroffen: Es ist nicht Zufall, daß die Handlung unseres Täters, der das falsche Geldstück in den Automaten einwirft, keine Person täuschen kann. Es ist vielmehr ebensowenig eine zu täuschende Person vorhanden, wie der Schuß auf die Leiche einen lebenden Menschen treffen kann. Es fehlt am Tatbestand. Dann aber ist die Handlung auch nicht Täuschungshandlung im Sinne des § 263.

Obwohl bereits die Verneinung des Gegebenseins einer vom Tatbestand des § 263 geforderten Täuschungshandlung die Unanwendbarkeit des Betrugstatbestandes auf den Automatenmißbrauch klarstellt, kann doch noch zur Sicherung dieses Ergebnisses auch das Vorliegen eines durch die Täuschung verursachten Irrtums, des zweiten Tatbestandsmerkmals des § 263, untersucht werden. Dazu besteht aus zwei Gründen Anlaß:

1. Das RG vertritt bekanntlich seit jeher den Standpunkt, daß das Vorliegen eines strafbaren Versuchs nach dem gefährlichen Willen des Täters bestimmt werden müsse, obwohl der Text des noch geltenden § 43 unzweideutig auf den objektiven, gefährlichen Anfang der Ausführung abstellt. Von diesem Standort aus werden auch die Fälle des Mangels am Tatbestand für strafbar erklärt[15]), und muß folgerichtig auch das Vorliegen einer Täuschungshandlung im Sinne des § 263 bejaht werden, denn eine auf Täuschung abzielende Handlung wäre gegeben. Das RG wendet seine Grundsätze vom untauglichen Versuch beim Betrug uneingeschränkt an[16]).

[15]) RG 34 Nr. 64.

[16]) Vgl. Ebermayer-Lobe-Rosenberg zu § 263 Anm. 11; RGSt. 15 Nr. 13; 45 Nr. 41; 25 Nr. 3; 41 Nr. 97; 42; 49 Nr. 5; 50 Nr. 9; 51 Nr. 72.

2. Das kommende Strafrecht wird, da es Willensstrafrecht ist, bereits gegen das Unternehmen eines Deliktes einschreiten. Nicht die vollendete Tat, sondern die versuchte Tat wird zum Grundtyp des Deliktes erklärt werden [17]). Gesetz wird also die vom RG unbeirrbar festgehaltene Grundeinstellung zum Versuch werden. Für die mit dem Begriff des untauglichen Versuchs zusammenhängenden Probleme wird tatsächlich „der Charakter des kommenden Strafrechts schicksalhaft sein“ [18]). Allein es wäre ein Irrtum, zu glauben, daß auch der Begriff des Mangels am Tatbestand zu Grabe getragen würde. Es bleibt im kommenden Recht wahr, daß man nicht unternehmen kann, was nicht von der kausalen Unternehmungshandlung abhängig ist. Nicht die Absicht allein, sondern erst die Absicht die zur Tat geführt hat, wird bestraft. Hier aber äußert sich die Absicht in einer Handlung, die begrifflich kein Unternehmen sein kann. Trotzdem ist vorauszusehen, daß die Praxis auch im kommenden Recht dem Mangel am Tatbestand ihren Beifall versagen wird.

Um dort anzuknüpfen, von wo wir ausgegangen sind, können wir feststellen:

Das Reichsgericht lehnt bereits nach geltendem Recht und mit ihm wird eine noch größer werdende Anhängerschaft im kommenden Recht den Begriff des Mangels am Tatbestand zurückweisen. Ist aber jeder Fall des Mangels am Tatbestand Versuchshandlung, so muß auch der Mißbrauch eines Automaten als Täuschungshandlung angesehen werden, wenn diese Handlung aus einem Täuschungswillen des Täters geboren wird; daß gerade kann aber mit Fug bezweifelt werden. Jedenfalls entfällt Betrug aber dann, wenn man den Irrtum, das zweite Tatbestandsmerkmal, als nicht gegeben ansieht.

Die Frage, ob im Falle des Automatenmißbrauchs die „Täuschungshandlung“ einen Irrtum erregt oder unterhält, kann erst nach Klarstellung dieser Begriffe beantwortet werden Ein Irrtum liegt nur dann vor, wenn der Getäuschte eine von der Wirklichkeit abweichende falsche Vorstellung hat. Wenn es an

---

[17]) Freisler S. 24.
[18]) Vgl. Freisler, Allg. Teil. S. 32.

einer Vorstellung überhaupt fehlt, kann von einem Irrtum schlechterdings nicht die Rede sein [19]). Es ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß im Falle des Automatenmißbrauchs eine Vorstellung gänzlich fehlt. Der Aufsteller des Automaten mag die, wenn auch ganz allgemeine Vorstellung haben, daß sein Automat nicht mißbräuchlich benutzt wird. Geschieht das doch, so wird dadurch die vorhandene Vorstellung des Aufstellers falsch. Allein deshalb ist noch kein Irrtum im Sinne des § 263 gegeben. Betrug ist Vermögensschädigung durch Täuschung; der Schaden muß durch die Täuschung verursacht, also vom Getäuschten selbst durch die von ihm getroffene Verfügung herbeigeführt sein, denn anders wäre die Schädigung nicht durch Täuschung, sondern durch eigenen Zugriff des Täters auf fremdes Vermögen begangen. Der Täter erregt also nur die Täuschung, sein auf Täuschung berechnetes Verhalten versetzt den anderen in einen Irrtum oder unterhält einen solchen bei ihm. Die falsche Vorstellung des anderen muß kausal auf der Täuschungshandlung beruhen. Das ist nicht der Fall, wenn der Täter für die Entstehung der Vorstellung nicht ursächlich war. Er hat dann weder eine falsche noch eine richtige Vorstellung erregt, er hat die Vorstellungswelt des anderen nicht beeinflußt.

Es genügt, begrifflich das „Unterhalten eines Irrtums" zu umgrenzen, um einzusehen, daß hiervon noch weniger als vom „Erregen eines Irrtums" die Rede sein kann.

Der Täter muß, wie übereinstimmend festgestellt wird [20]), einen schon bestehenden Irrtum bestärken oder seine Beseitigung verhindern. Selbst wenn man unterstellen wollte, daß der Aufsteller in der — vom Täter nicht erregten — aber doch falschen Vorstellung lebt, daß sein Automat nur ordnungsmäßig benutzt wird, so würde diese Vorstellung weder verstärkt, noch die Beendigung ihrer Fortdauer verhindert.

Damit steht fest, daß durch Mißbrauch eines Automaten ein Irrtum weder erregt noch unterhalten wird.

Allein das gilt nur für den Regelfall. Vereinzelte Ausnahmen sind denkbar:

---

[19]) Frank § 263 III; RG 42.

[20]) Ebermayer, § 263 2 d; Frank § 263 II; RG 39 Nr. 25.

1. Zunächst wird unbedenklich ein vollendeter Betrug angenommen werden können, wenn ein Münzfernsprecher unter Zuhilfenahme einer Vermittlungsstelle, meist des Fernamts, benutzt wird ohne daß der Benutzer das geforderte Entgelt einwirft. Hier wird die Beamtin, die den Einwurf des verlangten Geldes durch Glockenzeichen überwacht, in einen Irrtum versetzt. Da sie, durch diesen Irrtum veranlaßt, die gewünschte Verbindung herstellt, verfügt sie über Vermögenswerte der Reichspost. Diese Verfügung ist für die Post nachteilig, weil der Täter das entsprechende Entgelt nicht zahlt. Er begeht, da am Vorliegen auch der subjektiven Betrugsvoraussetzungen kein Zweifel sein kann, vollendeten Betrug [21]).

2. Ein aus dem Leben gegriffener weiterer Fall ist der der Benutzung eines Automatenrestaurants durch Einwurf falscher Geldstücke.

   Caesar (S. 21) behauptet, ein Betrug sei anzunehmen, soweit der Getäuschte verpflichtet sei, die mißbräuchliche Benutzung des Automaten zu verhindern. Caesar würde also von einer Verfügung durch Unterlassung nicht sprechen, wenn ein zufällig anwesender Dritter Opfer der Täuschung wird. Diese Einschränkung erscheint billigenswert, wenn man nicht den Anwendungsbereich des § 263 uferlos ausweiten will. Allein damit ist nicht erwiesen, daß im übrigen Caesar auf dem richtigen Wege ist.

   Das ergibt die Betrachtung aller derjenigen Fälle, in denen der Täter durch falsche Angaben den Gewahrsamsinhaber von der Sache weglockt. Oder in denen er durch Täuschung erreicht, daß der Getäuschte die Wegnahme duldet.

   In Uebereinstimmung mit der Theorie steht die Rechtsprechung [22]), bezüglich dieser Fälle auf dem Standpunkt, daß hier nicht der Getäuschte zu eigener Verfügung veranlaßt werde, daß vielmehr die Vorspiegelung

---

21) Vgl. Theod. Schmitz, Der Münzfernsprecherbetrug. S. 17; zu Unrecht a. A. Zeiler in JW 35, 476; RG 68 Nr. 18.

22) Vgl. Olshausen § 263 Anm. 27.

nur den Zweck verfolge, die Wegnahme, den Diebstahl zu ermöglichen.

Hier zeigt sich die klar verlaufende Grenze zwischen Diebstahl und Betrug. Wer die Wegnahme überhaupt geschehen läßt, verfügt nicht. Nur wenn das Dulden eine durch Täuschung verursachte Zustimmung enthält, kann von Betrug gesprochen werden [23]). Somit wäre auch in dem von Caesar behandelten Falle der Täuschung der Kellner des Automatenrestaurants kein Betrug gegeben.

Der Betrugstatbestand ist durch die mißbräuchliche Benutzung eines Automaten nicht erfüllt. Nur wenn sich im Einzelfall ergibt, daß eine Person durch die Täuschung in einen Irrtum versetzt oder befangen gehalten wird, kann Betrug angenommen werden. In diesem Falle muß mit Rücksicht auf den Hilfscharakter des § 265 a den Täter die schwerere Betrugsstrafe treffen.

Der gleichen Beurteilung wie der gemeine Betrug unterliegt auch das Spezialdelikt des Notbetrugs (§ 264 a). Unabhängig hiervon wäre § 264 a auch deshalb unanwendbar, weil § 265 a ihm gegenüber die schwerere Strafe androht.

B. Diebstahl.

Der Diebstahl ist im Gegensatz zum Betrug nicht Vermögensdelikt, sondern Eigentumsdelikt und soll es auch bleiben. Bestraft wird der Dieb, weil er in das Eigentum eines anderen eingreift, nicht aber, weil er sich etwa außerdem noch bereichern will. Würde man dieses letztere Moment in den Diebstahlstatbestand einbauen, so hätte man sein Wesen verfälscht, und man befände sich — worauf die Vorschläge für das kommende Recht besonders Gewicht legen — keineswegs auf dem Wege der Wiedererweckung alter deutschrechtlicher Vorstellung. Daß das deutsche Recht seit jeher im Dieb denjenigen Tätertyp sieht, der den Eigentümer von der Sache verdrängt, um selbst mit der Sache wie ein Eigentümer verfahren zu können, kann

[23]) Vgl. Ebermayer § 263, 5.

als sicheres Ergebnis rechtshistorischer Forschung angesehen werden [24]).

Es ist keineswegs richtig, dem Täterbild des Diebes noch die Nuance des Bereicherungswillens zu geben, denn ein solcher Täter würde kaum vom Betrüger und Erpresser zu unterscheiden sein; und gefährlicher wäre noch, daß der Dieb, dem die Bereicherungsabsicht mangelt, ohne verdiente Strafe ausginge, wenn man nicht zum hier sicher vermeidbaren Behelf der Analogie greifen würde.

Diebstahl ist aber Eigentumsverletzung, und zwar in der Form der Wegnahme, des Gewahrsamsbruches und der Gewahrsamsbegründung. Bewußt beschränkt sich der Tatbestand des § 242 auf die Bestrafung der Wegnahme von Sachen. Nun ist gewiß selbst ein auf den ersten Blick so sicher faßbarer Begriff wie der der Sache ein Tatbestandsmerkmal, das schon manchen Zweifel geweckt hat. Aber das bietet keinen Anlaß, es zu verwerfen, sondern nur einen Ansporn, zu seinem wahren Sinngehalt vorzudringen.

Es genügt nicht, lediglich zu verweisen auf Begriffsbestimmungen der „Sache", wie sie in anderen Gesetzen, insbesondere im § 90 BGB, sich finden, denn der Sachbegriff hat im Strafrecht naturgemäß eigenen Gehalt [25]). Es ist das unbestreitbare Verdienst der neueren, auf werttheoretische strafrechtliche Begriffsbildung Gewicht legenden Dogmatik, daß sie klargestellt hat, daß nur unter Berücksichtigung des Sinn- und Zweckgehalts der Strafrechtssätze die Auslegung zu sicher verwertbaren Ergebnissen gelangt. Bestimmt von diesen Gedanken hat Erik Wolf [26]) dem Sachbegriff eine eingehende Untersuchung gewidmet. Wenn es auch fraglich sein mag, ob man mit dem auf die Erforschung des Sprachgebrauchs, der ersten Vorstufe der eigentlich strafrechtlichen Begriffsbestimmung [27]), so eingehend bedacht sein muß — denn sie fördert immer nur ein vorläufiges Ergebnis — so muß doch jedenfalls seine Methode

---

[24]) Vgl. Kohlrausch, S. 480; Binding, Normen II, 2. Hälfte. S. 1035-1069 (1916).

[25]) Angemerkt muß die ausdrückliche Zustimmung der Praxis werden. RG 29 Nr. 43; 32 Nr. 56.

[26]) E. Wolf, Der Sachbegriff im Strafrecht, in RG - Festgabe, S. 44 ff.

[27]) E. Wolf, S. 47 und 49.

zur Erkenntnis des Rechtsbegriffs „Sache“ in vollem Umfang Verwendung finden. Für die Auslegung muß daher der durch die Aufstellung des Diebstahlstatbestandes zur Rechtswirklichkeit gewordene Zweck der Vorschrift allein maßgeblich sein. Der Sinn des § 242 liegt darin, Angriffe auf das Eigentum abzuwehren. Damit steht aber auch die enge Verflechtung des strafrechtlichen Sachbegriffs mit dem bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff fest. Eigentum im Sinne des bürgerlichen Rechts gibt es allein an körperlichen Gegenständen, „Sachen“ nach der Definition des § 90 BGB. Ein Rückschritt zu der eben noch verworfenen Verweisung auf dem Strafrecht fremde Rechtsbegriffe ist auf diese Weise nicht getan, sondern der Erkenntnis Rechnung getragen, daß ohne diese bürgerlich-rechtlichen Begriffe bei Auslegung des § 242 einfach deshalb nicht auszukommen ist, weil sie sich ihrem Zweck nach an die bürgerlich-rechtliche Ordnung anlehnen.

Wenn aber Sachen nur körperliche Gegenstände sind, dann müssen alle Energien als Tatobjekte ausgeschieden bleiben. Wer den „Elektrizitätsdiebstahl“ als echten Diebstahl bestraft sehen will, vergißt, daß er damit den Rahmen dieser Vorschrift verlassen hat. Auf diesem Wege gäbe es konsequenterweise kein Halten mehr. Als Diebstahl müßte auch die widerrechtliche Entziehung anderer Energien, der Wärme, der Arbeitsenergie, sogar der eines Menschen bestraft werden. Wie sehr hiermit der Zweck des § 242 verfehlt wäre, leuchtet unmittelbar ein[28]). Die Grenze des bürgerlich-rechtlichen Eigentums und seines Sachbegriffs muß eingehalten werden.

Die Anwendung dieser Erkenntnis auf die Fälle des Automatenmißbrauchs ist ohne Schwierigkeit zu vollziehen.

An Dienstautomaten, die keine Waren hergeben, kann kein Diebstahl begangen werden. Es fehlt bei ihnen an der Sache, die Gegenstand einer Wegnahme sein könnte.

Dagegen enthalten die Warenautomaten Sachen, die Gegenstand eines Diebstahls sein können, denn die aus ihnen zu entnehmenden Waren sind körperliche Gegenstände.

Diebstahl erfordert Wegnahme. Darin liegt nicht allein Entziehung der Sache aus der fremden Herrschaft, Bruch des

[28]) Vgl. Kohlrausch, S. 299.

fremden Gewahrsams, sondern ebenso Begründung einer neuen Herrschaft. Der Dieb will sich „zum Herrn der Sache machen". Das soll auch für das kommende Recht das Kennzeichen des Diebes bleiben. Diesem Vorhaben entsprechend muß aber der Dieb den fremden Gewahrsam in einen neuen gewandelt haben.

Wie man den Sachbegriff in Anlehnung an das bürgerliche Recht festzulegen hat — denn nur als Objekte des Eigentumsrechts sind die Sachen Objekte des Diebstahls —, so muß auch der Begriff der „Fremdheit" der des Zivilrechts sein. „Fremd" ist eine Sache, die im Eigentum eines anderen als des Täters steht.

Schließlich fordert das Gesetz noch die Eigenschaft der Beweglichkeit. Gemeint ist Beweglichkeit im natürlichen, nicht im Rechtssinne [29]). Entziehung von Grund und Boden kann wohl Grenzverrückung (§ 274 Nr. 2), aber nicht Diebstahl sein.

Beide Merkmale, sowohl die Fremdheit wie auch die Beweglichkeit, bereiten der Subsumption im Falle des Mißbrauchs eines Warenautomaten keinerlei Schwierigkeit. Sie können ohne ein weiteres Wort als gegeben angesehen werden.

„Das Gesetz", sagt Binding mit Recht, „spricht von Wegnahme, nicht von Wegbringen noch von Wegschaffen". Die tatsächliche Herrschaft über die Sache, die bisher der Gewahrsamsinhaber hatte, will der Dieb unterbinden, um seine eigene an die Stelle zu setzen.

Von Wegnahme kann keine Rede sein, wenn der Täter sich die Sache geben läßt. Wegnehmen und sich geben lassen sind unvereinbare Gegensätze. Wegnehmen erfordert eine Tätigkeit dessen, der keinen Gewahrsam hat, sich geben lassen, ein Handeln des Gewahrsamsinhabers. In der Mitte zwischen den beiden Begriffen steht ein drittes: das „Wegnehmenlassen". Hier ist zu bedenken, daß die Einwilligung des Gewahrsamsinhabers zwar die Widerrechtlichkeit der Wegnahme ausschließt, daß aber andererseits die Nichtverhinderung der Wegnahme noch nicht Zustimmung ist [30]).

---

[29]) RG 29 Nr. 43.

[30]) Vgl. Olshausen § 242 Anm. 22.

Wieder einmal (vgl. oben S. 30) treffen wir diejenigen Fälle an, in denen der Täter durch Vorspiegelung die Ausführung des Diebstahls vorbereitet, insbesondere den Gewahrsamsinhaber von der Sache weglockt. Hier liegt Wegnahme vor.

Das Merkmal der Wegnahme mag auf den ersten Blick bei der mißbräuchlichen Automatenbenutzung Zweifel erregen. Die Sache wird ja vom Automaten hergegeben. Allein es wäre doch eine sehr oberflächliche Beurteilung, würde man verneinen, daß Wegnahme vorliegt, weil man den Automaten veranlaßt, die Ware herzugeben. Der Automat ist nicht selbst Gewahrsamsinhaber. Er kann also nicht selbst den Gewahrsam des Aufstellers aufheben. Ob sich der Dieb seines Arms bedient oder ob er den Automaten in Gang setzt, in jedem Fall ist er es, der die Ware wegnimmt, der fremden Gewahrsam bricht und eigenen Gewahrsam begründet [31]). Sonach kann an der Erfüllung des objektiven Diebstahlstatbestandes kein Zweifel bestehen.

Auf der subjektiven Seite des Delikts steht neben dem Vorsatz die Absicht rechtswidriger Zueignung. Zueignungsabsicht ist nicht Bereicherungsabsicht, davon war schon die Rede. Zueignung besagt ferner nicht Eigentumserwerb. Daran kann mit Rücksicht auf den rechtswidrigen Eingriff in fremdes Eigentum nicht gedacht werden. Nur tatsächlich führt sich der Täter die Sache daraus zu, daß er mit ihr wie der Herr der Sache verfahren kann. Das geschieht jeweils in der Weise, wie es der Zweckbestimmung der Sache entspricht. Unübertreffbar klar sagt Binding [32]): „Die Zerstörung der Sache ist nicht erlaubte Eigentumsausübung, sondern unverbotene Eigentumsvernichtung: das oft behauptete Recht des Eigentümers, seine Sache zu vernichten, existiert nur in unklaren Köpfen. Wer also eine fremde Sache ergreift, um sie zu vernichten, will das Gegenteil der Aneignung".

Es kann keine Frage sein, daß der Täter des Automatenmißbrauchs in Zueignungsabsicht handelt. Er will die Sache ihrer Substanz und ihrem Wert nach in seinen Herrschaftsbereich überführen, sie für sich ausnutzen. Das aber ist die vom § 242 geforderte Zueignungsabsicht, die auch in Widerspruch

[31]) Vgl. Meili, Strafrechtliche Handlungen an Automaten. DJZ 1898, 382.
[32]) Binding, S. 265.

mit der Meinung des Aufstellers steht, mithin eine rechtswidrige ist.

1. Schwerer Diebstahl.

Es bleibt nach der Bejahung des Vorliegens eines Diebstahls noch zu überlegen, ob der Automatenmißbrauch nicht als geschärfter Diebstahl gemäß § 243 zu bestrafen ist. Lex specialis derogat legi generali.

Vorweg muß vor einem Irrtum gewarnt werden: Gemeint sind nicht die Fälle, in denen nach verübtem Einbruch im Innern eines Gebäudes ein Automatendiebstahl verübt wird. Hier ist der Einbruch oder auch die Eröffnung durch Nachschlüssel der „Auftakt" (Binding) zur anschließenden Begehung eines Diebstahls; denn auch der Mißbrauch eines Warenautomaten ist Diebstahl; man hat es also mit einem zweifelsfreien Fall des schweren Diebstahls zu tun.

Die Frage ist die, ob der innerhalb eines Gebäudes, in das der Täter ohne Einbruch oder Nachschlüssel gelangt ist, verübte Automatenmißbrauch an sich die Elemente des schweren Diebstahls aufweist. Der Untersuchung wert sind, da sämtliche anderen Fälle des viel zu umfangreichen Katalogs des § 243 ausscheiden, nur die Ziffern 2 und 3, der Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl.

Ziffer 2 verlangt als Diebstahlsmittel einen Einbruch oder ein Erbrechen von Behältnissen. Man mag [33]) unter Einbruch und Erbrechen von Behältnissen die gewaltsame Verletzung der Substanz der bergenden Sache oder auch die gewaltsame Aufhebung des Verschlusses ohne Substanzverletzung sehen, jedenfalls weist der Automatenmißbrauch das Merkmal der Gewalt nicht auf. Wer einen Automaten in widerrechtlicher Weise benutzt, braucht keine Gewalt zur Brechung irgendwelchen Widerstandes zu üben. Somit muß Ziffer 2 des § 243 aus der Betrachtung ausscheiden.

Ziffer 3 droht geschärfte Strafe an für die Verübung eines Diebstahls, bei dem sich der Täter zur Eröffnung von Behältnissen

---

[33]) Vgl. z. B. Frank § 243 III 2a u. 2c, anders. RG 4 Nr. 92; 13 Nr. 65; 44 Nr. 23; 60 Nr. 132.

falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge bedient.

Da unter Behältnis „eine selbständige Sache verstanden wird, die zur Aufnahme und Bewahrung von anderen Gegenständen dient und deren Innenraum völlig umschließbar gemacht werden kann“ [34]), verdient auch der Automat diesen Namen.

Schärfer bestraft wird der Täter der Ziffer 3, weil seine verbrecherische Energie sich in einer besonders raffinierten und gefährlichen Form der Diebstahlsausführung äußert [35]). Er eröffnet ein Gebäude mit einem Nachschlüssel oder einem anderen ordnungswidrigen Werkzeug, d. h. er öffnet den Verschluß in an sich gewöhnlicher Form ohne Verletzung des Verschlußmechanismus, nur benutzt er hierzu nicht das übliche, sondern ein ordnungswidriges Werkzeug. Was also der Eigentümer als besondere Sicherung seines Gutes angebracht hat, das gerade wird dem Täter mit Hilfe des falschen Schlüssels zum Mittel, um ohne weitere Gewalt an fremdes Eigentum heranzukommen.

Der Täter muß also ein Behältnis mit einem Nachschlüssel oder Werkzeug eröffnet haben.

Die Art der Diebstahlsausführung, nämlich Begehung der Tat mittels falscher Schlüssel, besagt, daß nur an einem „verschlossenen“ Behältnis Diebstahl in dieser Form begangen werden kann. Denn Diebstahl mit Hilfe eines Nachschlüssels muß Diebstahl unter Benutzung desjenigen Mechanismus sein, der die Sache unter Verschluß hält und in normaler Form nur mit dem entsprechenden Schlüssel geöffnet werden kann. Jede andere Art der Eröffnung wäre eine gewaltsame und hätte gerade aus diesem Grunde mit der typischen Ausführungshandlung der Ziffer 3 nichts zu schaffen.

Drei Voraussetzungen müssen daher erfüllt sein, wenn man einen Diebstahl gemäß § 243 Ziffer 3 als gegeben ansehen will. Es muß vorliegen:

1. Ein Verschluß, der die in dem Behältnis geborgenen Sachen sichert.
2. Eine Eröffnung des Behältnisses.

---

[34]) Ebermayer § 243 III 6; Olshausen § 243 Anm. 22.
[35]) Vgl. Olshausen, § 243 Anm. 28.

3. Ein falscher Schlüssel oder ein anderes zur Oeffnung nicht bestimmtes Werkzeug.

Zu sämtlichen drei Fragen hat das Reichsgericht in der durchaus auf den Zweck und Sinn unserer Bestimmung abstellenden, sorgfältig begründeten Entscheidung RG 34 Nr. 13 S. 45 ff. Stellung genommen. Ihr Ergebnis war eine völlige Ablehnung.

Das Reichsgericht sondert zunächst den Fall ab, den wir oben bereits in ähnlicher Form bei der Behandlung des Einbruchsdiebstahls kennen lernten und der zu einer irrtümlichen Gleichsetzung mit dem eigentlichen Automatenmißbrauch führen kann. Wenn das die Einfüllöffnung eines Automaten absperrende Schloß mit einem Nachschlüssel zur Begehung eines Diebstahls am Inhalt geöffnet wird, so ist unzweideutig Ziffer 3 des § 243 gegeben.

Der eigentliche Automatenmißbrauch liegt aber von diesem Fall wesentlich verschieden. Es ist schon sehr fraglich, ob auch der Herausgabemechanismus als solcher als Verschluß im Sinne unserer Vorschrift anzusprechen ist. So wenig einleuchtend diese Subsumption auf den ersten Blick sein mag, mit Rücksicht auf den Zweck der Bestimmung kann und muß sie hingenommen werden [36]). Dagegen kann von einer Eröffnung des Automaten dem Wortsinn dieses Begriffes nach nur schwerlich die Rede sein. Die Lösung des Verschlußmechanismus ist, wie Binding [37]) bemerkt, das Gegenteil seiner Eröffnung. Insoweit scheint sich das Reichsgericht seiner Sache nicht völlig sicher gewesen zu sein; und hier weist die Begründung auch erhebliche Schwächen auf. Der Mechanismus soll ebenso wie ein Schloß, wenn auch nur in zweiter Linie, unberechtigte Zugriffe abwehren. Trotzdem aber würde man den Wortsinn des Begriffs „eröffnen" verfälschen, wenn man die unbefugte Inbetriebsetzung als Eröffnen des Automaten ansehen wollte. Es ist nicht der Hauptzweck dieses Mechanismus, widerrechtlichen Zugriff abzuwenden, sondern im Gegenteil ist er darauf angelegt, die im Automaten enthaltene Ware herauszugeben. „Er soll den Automaten gewissermaßen zum Verkäufer machen",

---

[36]) Vgl. Ertel, S. 34 ff.

[37]) Binding, I, S. 294.

sagt das Reichsgericht anschaulich. Es widerstrebt also dem Wortsinn des Begriffs des Eröffnens, würde man ihn auch hier anwenden.

Diese Erkenntnis allein kann aber den endgültigen Ausschlag nicht geben. Wenn der Zweck der Vorschrift eine derart weitgehende Verwendung des Begriffs erforderte, wäre es verfehlt, sie zu verweigern. Dieser Zweck liegt aber in der besonders gefährlichen Methode der Ausführung beschlossen. Nur aus diesem Grunde rechtfertigt sich die schärfere Strafe. Der Täter des § 243 Ziffer 3 braucht keine Gewalt. Er macht sich im Gegenteil den gewöhnlichen Weg des Oeffnens eines Behältnisses zunutze. Dazu aber bedarf er eines Nachschlüssels oder eines anderen ordnungswidrigen Werkzeugs. Gerade die Beschaffung eines derartigen Instruments und sein Gebrauch lassen den Täter als besonders gefährlich erkennen. Das gilt aber im gleich starken Maße von dem Täter, der einen Nachschlüssel sich besorgt, um damit ein Türschloß zu öffnen, wie von dem Täter, der sich falsche Geldstücke herstellt oder verschafft, um mit ihnen einen Automaten widerrechtlich in Betrieb zu setzen. Die Tatsache, daß Geldmünzen sich in jedermanns Hand befinden, und jeder sich seiner Münzen bei Benutzung eines Automaten nur zu bedienen braucht, worauf sich das Reichsgericht beruft, besagt insoweit nichts. Es kann nur auf die vom Täter verwendeten Falsifikate ankommen. Und Falschgeld befindet sich glücklicherweise nicht in jedermanns Hand. Daß das Werkzeug eigens verfertigt sein müsse, ist eine gänzlich unbewiesene Annahme. Man kann also Finger[38]) nur zustimmen, wenn er den Satz aufstellt: „Es dürfte kaum gelingen, irgendein Moment zu entdecken, welches zu rechtfertigen vermöchte, daß ein solcher Automatendiebstahl anders gewertet wird wie ein Diebstahl aus einem Kästchen bei Oeffnung des Schlosses mittels eines Nachschlüssels". Nur diese Auslegung kann für sich in Anspruch nehmen, daß sie dem Zweck der Vorschrift gerecht wird. Mißbrauch eines Warenautomaten ist also schwerer Diebstahl im Sinne des § 243 Ziffer 3.

---

[38]) Finger, Reichs- und Landesstrafrecht im Lichte der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: RG-Festgabe. S. 104.

2. Notdiebstahl.

Die auf schweren Diebstahl gesetzte Strafe ist Zuchthaus bis zu zehn Jahren.

Die Strafe ist hart, zu hart, wenn es sich um die Wegnahme belangloser Kleinigkeiten handelt, die entweder aus Not oder zu alsbaldigem Verbrauch begangen worden ist. Diese Erkenntnis hat den Gesetzgeber veranlaßt, in beiden Fällen Sondertatbestände aufzustellen, die erheblich mildere Strafdrohungen enthalten: die Notentwendung des § 248a und die Genuß- und Verbrauchsmittelentwendung des § 370 Ziff. 5.

Das Vergehen der Notentwendung weist gegenüber dem gemeinen Diebstahl (und der Unterschlagung) zwei Besonderheiten auf: Das Tatobjekt muß ein geringwertiger Gegenstand sein, und der Täter muß, getrieben von wirtschaftlicher Not gehandelt haben.

Der Begriff des geringen Wertes ist schon dem Wort nach normativ. Man braucht deshalb nicht erstaunt zu sein, wenn die Frage der Feststellung der Geringwertigkeit umstritten ist. Er kann bestimmt werden auf Grund einer objektiven Schätzung, man kann aber auch die Verhältnisse des Verletzten oder des Täters für maßgeblich erklären. Beides ist mit Mitteln reiner Logik weder beweisbar noch widerlegbar. Entscheidend muß wieder der Sinn der Bestimmung sein.

Die Praxis des Reichsgerichts läßt ein verständnisvolles Eingehen auf diesen Wertgehalt gerade insofern erkennen, als sie sich vor jeder Einseitigkeit hütet. Der Theorie kann das nicht nachgesagt werden [39]). Die Entscheidung Bd. 48 Nr. 16 S. 52 ff. betont richtig, daß zunächst der objektive Verkehrswert in Betracht zu ziehen sei, der die Geringwertigkeit als eine den Gegenständen anhaftende Eigenschaft bezeichne. Alsdann sei aber, da der objektive Maßstab kein für alle Verhältnisse und Kreise feststehender sei, die Lage des Verletzten zu berücksichtigen, und schließlich müßten auch die Vermögensverhältnisse des Verletzers beachtet werden, denn die mildere Strafe soll ja nur dann Platz greifen, wenn der gestohlene Gegenstand zur Deckung seines Notbedarfs diene [40]). Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Automatendiebstahl läßt

[39]) Vgl. Gerland, S. 464; Frank § 248a II, selbst Ebermayer § 248a 2.
[40]) Olshausen § 248a 4.

nicht erkennen, daß die große Mehrzahl der Warenautomaten Gegenstände von geringem Wert im Sinne des § 248 a hergibt.

Der Täter des § 248 a muß aus Not gehandelt haben. Nicht daß er sich in Not befand, sondern daß ihn die Not zur Tat getrieben hat, wird hier vom Gesetz ausnahmsweise berücksichtigt. Gemeint ist, darüber ist man sich einig, wirtschaftliche Not[41]). Damit scheidet für eine große Zahl der Fälle des Automatendiebstahls die Anwendbarkeit des § 248 a aus. Wirtschaftliche Not ist die Not der Lebenserhaltung. Darauf kann sich der nicht berufen, der Genußmittel wie Bier, Schnaps, Süßigkeiten, Zigaretten usw. entwendet.

3. Verbrauchs- und Genußmittelentwendung.

Für eine Anzahl der eben behandelten, mit § 248 a nicht erfaßbaren Fälle muß weiter die Anwendbarkeit des § 370 Ziffer 5 erwogen werden. Außerdem kommt diese Bestimmung gerade für die bei der Behandlung des Notdiebstahls ausgeschiedenen Genußmittelentwendungen als Straftatbestand in Betracht.

Die Eigentümlichkeit des Tatbestandes dieser Uebertretung liegt sowohl in der Qualität des Objekts als auch in der Quantität oder dem Werte der gestohlenen oder unterschlagenen Gegenstände und schließlich in der besonderen Verbrauchsabsicht. § 370 Ziffer 5 droht wegen dieser Besonderheiten die gegenüber der Diebstahlsstrafe erheblich geringere Strafe einer Uebertretung an, weil auch hier geringfügige Sachen entwendet werden, die gleich verbraucht, also nicht etwa gewinnsüchtig verwertet werden sollen. Objekt der Handlung muß ein Nahrungs- oder Genußmittel oder ein anderer Gegenstand des hauswirtschaftlichen Verbrauchs sein. Die Begriffe sind dem Leben und dem gemeinen Sprachgebrauch entlehnt, sie müssen daher auch in diesem Sinne verstanden werden.

Nahrungsmittel dienen der Erhaltung und Ernährung des Körpers, Genußmittel dagegen sind Gegenstände, die nicht unmittelbar für die Lebenserhaltung bestimmt sind, die genossen und dabei verbraucht werden müssen[42]). Gegenstände des

[41]) Vgl. Olshausen § 248a 5b und die dort zitierte Literatur.
[42]) Vgl. Olshausen § 370 Ziff. 5 d. α, β.

hauswirtschaftlichen Verbrauchs endlich sind die, die im Leben zur Erfüllung der Haushaltsaufgaben, zu Befriedigung materieller Bedürfnisse verbraucht werden [43]).

Ohne Schwierigkeit lassen sich die gewöhnlichen Objekte des am Warenautomaten verübten Diebstahls unter die Begriffe Nahrungs- und Genußmittel subsumieren. Hierhin zählen Zigaretten und andere Rauchwaren, Süßigkeiten. Dagegen müssen die anderen durch Automaten zu erwerbenden Waren, die nur mit dem Begriff des Gegenstandes des hauswirtschaftlichen Verbrauchs zu erfassen sind, insbesondere beachtet werden, ob sie im eigentlichen Sinne verbraucht, d. h. stofflich umgestaltet werden. Aus diesem Grunde schon muß die Anwendbarkeit des § 370 Ziffer 5 auf die Entwendung von Schreibpapier und Zeitungen verneint werden. In anderen Fällen scheitert sie daran, daß die entwendeten Sachen nicht dem hauswirtschaftlichen Verbrauch dienen, z. B. bei Briefmarken, Bahnsteig- und Fahrkarten, Filmen.

Der Begriff der geringen Menge ist sinngemäß im Einzelfall festzustellen. Das Merkmal „unbedeutender Wert" ist hier in genau dem gleichen Sinne wie innerhalb des § 248 a auszulegen. Die beiden Begriffe sind alternativ nebeneinander gestellt. Ihre Verwendbarkeit wird in den uns interessierenden Fällen regelmäßig keinem Zweifel begegnen.

Nach der damit abgeschlossenen Erörterung des Tatbestandes muß noch die Frage beantwortet werden, welche Bestimmung anzuwenden ist, wenn auf einen Fall sowohl § 248 a als auch § 370 Ziffer 5 anwendbar ist. Sie läßt sich nur aus der Erkenntnis der Rechtsnatur des § 370 Ziffer 5 lösen. Die Uebertretung bildet, wie die Tatsache der Existenz ihres Satzes 2 unzweideutig klarstellt, ein delictum sui generis. Wäre sie Spezialdelikt zu Diebstahl und Unterschlagung, so wäre Satz 2 neben § 247 völlig überflüssig [44]). Trotzdem steht die Praxis auf dem gegenteiligen Standpunkt, den sie mit dem auch sonst wenig überzeugungskräftigen Hinweis auf die Entstehungsgeschichte zu halten versucht [45]). Ihr hat sich nur Ebermayer

[43]) Frank § 370 Ziff. 5 I b.
[44]) Olshausen § 370 Ziff. 5a. Frank V Abs. 1 und 3.
[45]) RG 3 Nr. 163; 5 Nr. 141; 6 Nr. 108; 24 Nr. 13; 43 Nr. 35; 51 Nr. 24.

angeschlossen, der fälschlich auch Frank und Olshausen als Vertreter der gleichen Auffassung aufführt, obwohl beide Autoren das klare Gegenteil ausdrücklich behaupten [46]). Obwohl auch § 248 a gegenüber Diebstahl und Unterschlagung selbständiges Delikt ist, wie hier der Abs. 3, der mit § 247 II fast wörtlich übereinstimmt, beweist [47]), muß doch § 370 Ziffer 5 die Anwendung des § 248 a ausschließen; denn es ist nicht einzusehen, warum der Täter der Uebertretung des § 370 Ziffer 5 dann schärfer bestraft werden soll, wenn er außerdem aus Not gehandelt hat. Im Gegenteil muß die Not noch innerhalb des § 370 Ziffer 5 bei der Strafzumessung berücksichtigt werden [47]).

C. Elektrizitätsdiebstahl.

Für einen vielleicht am häufigsten verübten Mißbrauchsfall bleibt noch ein letzter Tatbestand zu erörtern, nämlich der des sogenannten Münzfernsprechbetruges. Der Name hat sich, so falsch er auch ist, eingebürgert. Das Delikt kann nämlich, wie uns schon früher klar geworden ist, niemals Betrug sein, weil die hierfür zu fordernde Irrtumserregung fehlt.

Dagegen muß eben die Anwendung des § 1 des Gesetzes betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit vom 9. April 1900 überprüft werden. Die Frage ist Gegenstand der viel besprochenen Entscheidung des Reichsgerichts vom 18. Dezember 1933 (RGSt 68 Nr. 18 S. 65) gewesen. Vor dem Richter standen Täter, die Münzfernsprecher widerrechtlich mit breitgeschlagenen Zweipfennigstücken benutzt hatten. Das Gericht hat mit aller Gründlichkeit die Möglichkeit einer Anwendung der Bestimmung überprüft und ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, daß zwar die Fernsprechanlage eine Anlage im Sinne des Gesetzes sei, daß aber die elektrische Arbeit der Anlage nicht mittels eines ordnungswidrigen Leiters entzogen worden sei, denn der Münze komme bei der Benutzung des Münzfernsprechers nur die Aufgabe zu, die Sperre der Leitung aufzuheben.

Die Entscheidung ist, da die Täter ohne Strafe davonkamen, — heftig angegriffen worden. Es sind scharfe Worte gefallen, statt deren man besser sorgfältiger hätte die Rechtslage überdenken sollen.

[46]) Der gleiche Fehler findet sich in der sonst nicht gerade sehr gründlichen Diss. von Joh. Schmitz. S. 36.

[47]) Vgl. Olshausen Ziffer 5i.

Der Tatbestand ähnelt, sofern man von der Umschreibung der Methode absieht, dem des § 242. Bestraft wird die Entziehung elektrischer Arbeit aus einer Anlage oder Einrichtung. Anlage oder Einrichtung ist eine Vorrichtung, die zur Erzeugung, Aufspeicherung oder Weiterleitung elektrischer Energie dient[48]). Das ist zweifelsfrei auch die Fernsprechanlage, bei deren Benutzung elektrische Kraft verbraucht wird.

Die Schwierigkeit lag nur darin, daß die Vorschrift ausdrücklich Entziehung mittels eines Leiters verlangt. Leiter ist jeder Gegenstand, der kraft seiner physikalischen Eigenschaften elektrischen Strom fortleitet[49]). Nun ist zwar eine Münze als Metallstück an sich elektrizitätsleitend, aber logischerweise nur dann, wenn sie auch als Leiter benutzt wird. Das ist beim Münzfernsprechermißbrauch nicht der Fall[50]). Die Münze wird in den Stromkreis nicht eingeschaltet. Gerade dieser wichtigen Feststellung des Reichsgerichts hat man den Vorwurf welt- und zeitfremder Formaljustiz gemacht. Es sei ein Leichtes, den Begriff des Leiters nicht eng im physikalischen Sinne, sondern weiter in dem Sinne zu verstehen, daß jeder Gegenstand, der die widerrechtliche Entziehung der elektrischen Kraft möglich macht, unter ihn fällt. Diese Lösung ist von Matzke (JW 1934/1609 und 1241) vorgeschlagen worden. Aehnlich hat das Landgericht Berlin[51]) sich auf den Standpunkt gestellt, Leiter sei die Einheit von Münzfüllhebel und Münznummernscheibe in ihrer Zusammenarbeit[52]).

Dieser Leiterbegriff stammt nicht aus einem physikalischen Lehrbuch. Darüber sind sich auch seine Erfinder im klaren. Immerhin könnte man mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift darüber streiten, ob nicht über solche Bedenken weggegangen werden könnte. Wer aber glaubt, auf diesem Wege der Ausweitung des Leiterbegriffs die Anwendungsschwierigkeiten überwunden zu haben, wird feststellen müssen, daß gleichzeitig eine neue Schwierigkeit entsteht, die nicht ausgeräumt werden kann.

---

48) Stenglein, Anm. 3.
49) RG in Goltdammer Arch. 55, 314.
50) Vgl. die eingehende technische Schilderung bei Th. Schmitz S. 5-8.
51) JW 1934/2874.
52) Gleicher Ansicht Neugebauer, JW 1934/2826.

Gerade diese Annahme verbietet aber die Logik. Das Gesetz verlangt nämlich einen zur ordnungsmäßigen Entnahme von Arbeit nicht bestimmten Leiter. Das Vorliegen eines solchen Leiters könnte hier nur durch die widersinnige Behauptung begründet werden, die gleiche Anlage sei, ordnungsgemäß benutzt, ordentlicher, sonst aber ordnungswidriger Leiter. Es käme dann also auf die Art der Benutzung an. Das gerade ist aber weder mit dem klaren, wenn auch wenig glücklichen Text des Gesetzes noch mit der Logik vereinbar. „Ein Apparat, der zur ordnungsmäßigen Entnahme bald bestimmt, bald nicht bestimmt ist, gehört zu den logischen Unmöglichkeiten", sagt Kohlrausch [53]). Es führt also kein Weg zur unmittelbaren Anwendung des § 1 des betreffenden Gesetzes. Es war daher berechtigt, wenn das Reichsgericht, dem die Möglichkeit einer Analogiestrafe damals noch versagt war, ein freisprechendes Urteil fällte. Denn wenn man die Münze als Leiter ansehen will, so ist das nur möglich, auf dem vom Landgericht Berlin beschrittenen Wege, nämlich die Münze und den ganzen durch sie ausgelösten Mechanismus als einen einheitlichen Leiter zusammenzufassen. Matzke meint zwar, man könne auch die Münze allein Leiter nennen; aber das heißt doch die Dinge auf den Kopf stellen. Die Münze spielt die gleiche Rolle wie die Hand am Lichtschalter, sie löst aus, aber sie ist nicht selbst Leiter. Diskutierbar ist allein die Annahme, daß die Einheit von Münze und Mechanismus Leiter sei.

[53]) Kohlrausch a. a. O. S. 504.

IV. Automatenmißbrauch (§ 265 a).

Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß zwar in der Mehrzahl der denkbaren und in der Praxis zur Aburteilung stehende Fälle schon das bisherige Recht genügenden Strafschutz gegen den Automatenmißbrauch bot.

Die unbefugte Benutzung von Warenautomaten konnte in der Regel als Verbrauchsmittelentwendung bestraft werden, andernfalls aber war sie als schwerer Diebstahl strafbar. Dagegen war der Mißbrauch eines Dienstautomaten regelmäßig unter keinen der bisherigen Tatbestände zu bringen. Nur ausnahmsweise haben wir die Strafbarkeit der widerrechtlichen Benutzung eines Münzfernsprechers feststellen können; sie kann als Betrug erfaßt werden, wenn das Fernamt als Vermittlungsstelle benutzt und der dort diensttuende Beamte getäuscht wird. Dagegen entzieht sich der normale Münzfernsprechermißbrauch ebenso wie der Fall der Benutzung eines solchen unter beiderseitiger Verwendung des Geldrückgabeknopfes nach bisherigem Recht jeder Bestrafung.

Der Gesetzgeber hatte also Grund, die hiernach bestehenden Lücken im Strafschutz auszufüllen, wenn er sich nicht damit zufrieden geben wollte, daß die Praxis selbst durch Heranziehung ähnlicher Straftatbestände Abhilfe schuf.

Abgesehen von den den Gegenstand dieser Arbeit bildenden Fällen des Automatenmißbrauchs hatte sich aber auch in anderen Fällen der Mangel einer unzweideutig anwendbaren Strafvorschrift empfindlich bemerkbar gemacht.

Nicht zu erfassen waren — wie oft genug mit Bedauern festgestellt worden ist —, die Fälle des sogenannten blinden Passagiers, der Besuch eines Konzerts, Theaters oder sonstiger Veranstaltungen, die Benutzung einer Einrichtung z. B. einer Badeanstalt ohne Entrichtung des hierfür geschuldeten Entgelts.

Die sämtlichen aufgeführten Beispiele, den Mißbrauch an Dienstautomaten einbegriffen, weisen ein gemeinsames typisches Merkmal auf. Der Täter versteht, sich eine Leistung zu verschaffen, heimlich, ohne Wissen und Willen des Leistenden, aber sein Vorgehen stempelt ihn trotzdem nicht zum Betrüger. Daran scheiterte früher jede Strafmöglichkeit. Wollte man nicht den Betrug aus allen Fugen reißen, so konnte man die genannten deliktischen Handlungen deshalb nicht unter § 263 StGB subsumieren, weil immer die den Betrug kennzeichnende Täuschung fehlte. Wo eine zu täuschende Person überhaupt fehlt (bei dem Mißbrauch eines Warenautomaten), oder wo eine Vorstellung zwar falsch wird, aber als falsche Vorstellung nicht kausal auf das Verhalten des Täters sich zurückführen läßt (in den sogenannten Fällen des blinden Passagiers und der Erschleichung freien Zutritts zu einer Veranstaltung oder Einrichtung), war eine Verurteilung wegen Betrugs ausgeschlossen.

Bereits die Entwürfe von 1927 und 1930 enthielten deshalb im § 347 eine diese Lücken schließende Bestimmung, die die Ueberschrift „Erschleichung freien Zutritts" trug und das Delikt ganz in die Nähe des Betrugs rückte. Bestraft werden sollte, „wer abgesehen von den Fällen des Betrugs" eine Leistung ohne Entgelt erschlich.

Der Gesetzgeber des Dritten Reichs hat, bestimmt durch die Einsicht, daß die heimliche Leistungserschleichung zu häufig und typisch ist, um der Behandlung nach der Analogievorschrift überlassen bleiben zu können, durch das Gesetz vom 28. Juni 1935 zur Aenderung des Strafgesetzbuchs, Art. 8, eine Strafbestimmung eingefügt, die als § 265 a zwar auch in den 22. Abschnitt „Betrug und Untreue" gestellt wurde, aber doch ihrem Text nach nicht so eng an den Betrug angelehnt erscheint, wie § 347 der Entwürfe.

A. Auslegung des § 265 a.

Der neue Tatbestand fordert das Erschleichen der Leistung eines Automaten, der Beförderung durch ein Verkehrsmittel oder des Zutritts zu einer Veranstaltung oder Einrichtung. Die beiden letzteren Fälle wollen augenscheinlich die eben genannten Fälle des blinden Passagiers und des schlauen Konzertbesuchers treffen.

Unser Interesse wendet sich allein dem ersten Falle, dem Erschleichen der Leistung eines Automaten zu.

Die tatbestandliche Handlung des Erschleichens wird im Nachtrag zum Olshausenschen Kommentar von Freiesleben-Kirchner-Niethammer (zu § 265 a S. 247) sehr treffend dahin umschrieben: Erschleichen ist jede Handlung, die bewirkt, daß der Täter den Vorteil, für den ehrliche Benutzer das vorgeschriebene Entgelt entrichten, — sei es auch nur zunächst — unentgeltlich oder zu einem geringeren Entgelt genießt. Erschleichen besagt, daß in der Handlung ein Moment des Verheimlichens liegen muß. Das Gesetz setzt nicht voraus, daß der Täter sich die Leistung erschleicht und dabei mit Erfolg verheimlicht, daß er wirklich das Entgelt nicht entrichtet. Es genügt, daß der Täter die Leistung erschleicht in der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten. Die Fassung des § 265 a weicht hier von der des § 347 der Entwürfe ab, ohne daß damit ein sachlicher Unterschied begründet wurde. Der Wortlaut will nur noch deutlicher außer Zweifel stellen, daß zur Vollendung nicht das endgültige Gelingen des Plans erforderlich ist, daß vielmehr die Tat bereits vollendet ist, wenn sich der Täter den Vorteil verschafft hat. Dieser Zeitpunkt fällt beim Automatenmißbrauch mit dem endgültigen Erfolg zusammen, ist aber beim Erschleichen des Zutritts schon erreicht, sobald der Täter den Raum der Veranstaltung betritt.

Hinzuweisen ist noch darauf, daß der Wortlaut nur von der Absicht spricht, „das Entgelt nicht zu entrichten". Unausgesprochen steht aber hierin die Einschränkung, daß nicht nur derjenige, der ein Entgelt überhaupt nicht entrichtet, der Strafe des § 265 a verfällt, sondern auch derjenige, der eine Leistung gegen zu geringes Geld erschleicht. Zu einer verschiedenen Behandlung der beiden Täter gibt der Sinn der Vorschrift nicht den geringsten Anlaß.

Der Begriff des Automaten, dessen Leistung der Täter erschleicht, war bereits im zweiten Kapitel der Arbeit Gegenstand einer eingehenden Erörterung. Es genügt also, wenn hier der als richtig erkannte Begriff des täglichen Sprachgebrauchs noch einmal wiedergegeben wird: Unter Automaten sind selbsttätige

Einrichtungen zu verstehen, die gegen Entgelt Waren abgeben oder Leistungen bewirken [54]).

Die subjektive Seite des Delikts kann, da wir die Bedeutung der neben dem Vorsatz geforderten Absicht, das geforderte Entgelt nicht zu entrichten, bereits im Zusammenhang mit der Tatbestandshandlung erwähnt haben, mit dem Satz abgetan werden: § 265 a verlangt vorsätzliches Handeln. Fahrlässiges Erschleichen wäre ein begrifflicher Widersinn.

Mit Rücksicht auf § 43 Abs. 2 müßte die Strafbarkeit des Versuchs ausdrücklich bestimmt worden sein. § 265 a ist, weil er Gefängnis bis zu einem Jahr oder Geldstrafe androht, nach der im § 1 gegebenen Aufteilung Vergehen.

B. Die aus dem Hilfscharakter des § 265 a sich ergebenden Schwierigkeiten seiner Anwendung.

Die Auslegung der Vorschrift bietet keine Schwierigkeiten. Von ihrer praktischen Anwendung kann das aus dem Grunde nicht behauptet werden, weil § 265 a sich selbst nur subsidiären Charakter zuschreibt. Er ist als Auffangtatbestand für diejenigen Fälle gedacht, die bisher sich trotz ihrer zweifelsfreien Strafwürdigkeit der Bestrafung entzogen. Freiesleben [55]) will deshalb in ihm eine vom Gesetzgeber selbst vorgenommene Analogie sehen.

Es hat zunächst den Anschein, als ob der Hilfscharakter der Vorschrift dem Anwendenden nur insofern eine schwere Aufgabe stellt, als er die gewiß mühsame Nachprüfung der Anwendungsmöglichkeit anderer Straftatbestände nicht erübrigt. Soweit aber dann diese Möglichkeiten erwogen und festgestellt sind, sei — so glaubte man —, der Anwendungsbereich des § 265 a klar abgegrenzt, durch die Wendung, „soweit die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist".

Diese Hoffnung enttäuscht. Bereits die ersten Stimmen, die zur Auslegung der neuen Bestimmung kurz nach ihrem Erlaß laut wurden, waren nicht einheitlich. Die Literatur ist in zwei Lager gespalten.

---

[54]) Vgl. auch Nachtrag zu Olshausen § 265 a Anm. 2.
[55]) Nachtrag zu Olshausen § 265 a Anm. 1.

Ein Teil [56]) hält sich an den Text. § 265 a bedroht alle diejenigen Fälle mit Strafe, die nicht nach einer anderen Vorschrift schwerer strafbar sind. Oder in der Umkehrung: Alle Fälle, die früher überhaupt nicht oder nicht schwerer, als es heute § 265 a androht, bestraft werden konnten, werden heute nach § 265 a bestraft.

Diese Handhabung des § 265 a führt zu widersinnigen Ergebnissen. Die unbefugte Entnahme von Waren aus Automaten wird regelmäßig nur als Uebertretung gemäß § 370 Ziffer 5 strafbar sein. § 370 Ziffer 5 droht nur Geldstrafe (bis RM 150,—) oder Haft an. Die Verbrauchs- oder Genußmittelentwendung ist, wie wir dem Text (Abs. II) und Sinn der Vorschrift entnehmen, Spezialdelikt zu Diebstahl und Unterschlagung. Sie ist es gegenüber jeder Form des Diebstahls, auch dem schweren Diebstahl des § 243. — Wer also in einen Zigarrenladen einbricht, um sich dort einige Zigarren oder Zigaretten zum alsbaldigen Verbrauch zu stehlen, kann nur mit Geldstrafe bis zu RM 150,— oder Haft bestraft werden. Würde man § 265 a wörtlich nehmen, so wäre der gleiche Täter, der mittels eines falschen Geldstücks dieselbe Anzahl Zigarren oder Zigaretten zum alsbaldigen Verbrauch einem Automaten entnimmt, der vor der Türe des Geschäftes aufgestellt ist, den also der Täter ohne Einbruch in den Laden benutzen kann, nach § 265 a zu bestrafen. Denn § 370 Ziffer 5 ist eine Vorschrift, die leichtere Strafe androht. Kurz: Im ersten Falle würde der Täter eine Uebertretung, im zweiten Falle, der zweifellos leichter wiegt, ein Vergehen begehen. Die leichtere Tat fände schwerere Strafe. Das gleiche muß für Fälle des § 248 a gelten. Wer aus Not in ein Lebensmittelgeschäft einbricht, wird gemäß § 248 a mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft. Auch hier könnte, wollte man § 265 a zur Anwendung bringen, der Täter, der die gleiche Tat an einem außenstehenden Automaten verübt, schärfer bestraft werden. Das kann nicht der Sinn der Bestimmung sein.

§ 265 a ist in den Abschnitt „Betrug und Untreue“ gestellt worden. Das ist geschehen, weil gerade die Straflücken,

---

[56]) Staudinger-Schmitt, § 265 a Anm. 2; Amtl. Begründung, s. Pfundtner-Neubert, Bd. II c § 265 a Anm. 3, wo allerdings die Frage nicht ausdrücklich entschieden ist.

die sich beim Betrug gezeigt haben, Anlaß zur Aufstellung des neuen Tatbestandes gegeben haben. Die mit § 263 nicht faßbaren Fälle wiesen aber sämtlich Züge auf, die der tatbestandlichen Betrugshandlung verwandt waren. So ist es nicht verwunderlich, daß der neue Tatbestand eine der Täuschung ähnliche Handlung verlangt. Im Erschleichen liegt das Moment des Heimlichen. Aus den gleichen Erwägungen hatte § 347 der Entwürfe sich deutlich an den Betrug angelehnt. „Wer, abgesehen von den Fällen der Betruges" . . . Diese klar zu Tage tretende Verwandschaft des § 265 a mit dem Betrug hat die in der Literatur bereits überwiegende Lehre zu der Erkenntnis geführt, daß die neue Bestimmung eine Abart des Betruges ist. Dies ergibt sich auch gerade aus der Fassung des Strafrahmens [57]).

Wenn also § 265 a nur Sonderfall des Betruges ist, ist auch innerhalb seines Bereichs § 263 Abs. 5 entsprechend anwendbar. Das Vergehen ist relatives Antragsdelikt, nämlich wenn es gegen Angehörige, die Vormünder oder Erzieher begangen worden ist. Im Nachtrag zum Olshausen'schen Kommentar wird zum Beweis treffend angeführt, daß es unverständlich wäre, wenn ein besonders schwerer Fall des Betrugs gegen Angehörige nur auf Antrag verfolgt werden dürfte, während die leichtere Tat des § 265 a auch ohne Antrag zu verfolgen wäre. Befremden erregt dagegen, daß Weimar (DJZ 1936 S. 1223) ohne weitere Begründung den Standpunkt vertritt, aus den gleichen Gründen seien auch die Absätze 3 und 4 des § 264 a entsprechend anwendbar. Damit stellt er die Behauptung auf, daß eine unter § 265 a fallende Handlung straflos sein müsse, wenn sie gegen Verwandte absteigender Linie oder den Ehegatten begangen worden wäre. Ferner müsse hinzu kommen, daß die Tat aus Not verübt wird.

Fälle einer aus Not begangenen Handlung des § 265 a sind zwar schwer denkbar, aber es wäre eine gänzlich unbegründete Annahme, wollte man unterstellen, der Gesetzgeber hätte sie völlig übersehen.

Es ergibt sich bei näherer Ueberlegung, daß Fälle der widerrechtlichen und zugleich aus Not erfolgten Benutzung von Warenautomaten überhaupt nicht unter § 265 a fallen. Dieser Satz

---

[57]) Weimar DJZ 1936 S. 1232, Olshausen Nachtrag § 265 a Anm 3, Schwarz § 265 a Anm. 4, Schäfer-Dohnanyi Nachtrag zu Frank § 265 a Anm. 3.

bedarf der Rechtfertigung. § 265 a sollte gerade die Lücken füllen, die bisher bestanden, weil eine Tat der im § 265 a umschriebenen Art allgemein nicht bestraft werden konnte. Nun fällt aber ein guter Teil der Notentwendungen aus einem Automaten unter § 248 a. Bestraft muß, wie wir eben feststellten, nach dieser Bestimmung, nicht etwa nach § 265 a werden. Fälle, die bisher Notdiebstahl waren, bleiben auch künftig Notdiebstahl. Die Ausnahmefälle, die trotz der Anwendbarkeit des § 248 a noch übrig bleiben, können so gut wie nie Entwendungen aus Not sein, denn es wird sich hier meist um Entwendung von Genußmitteln handeln, zu deren Wegnahme nicht wirtschaftliche Not gedrängt haben kann. Selbst dann aber wäre noch die § 265 a ausschließende Vorschrift des § 370 Ziffer 5 anwendbar.

Entweder also ist die aus Not begangene Handlung Notdiebstahl und als solcher gemäß § 248 a strafbar, oder der Mißbrauch ist eine gemäß § 370 Ziffer 5 zu bestrafende Genußmittelentwendung, oder schließlich, falls weder der eine noch der andere Fall vorliegt, muß der Täter wegen schweren Diebstahls bestraft werden; denn dann kann es sich nur noch um eine Sache von größerem Wert handeln.

Was übrig bleibt, sind Fälle der mißbräuchlichen Benutzung von Dienstautomaten. Nun kann man zwar nicht leugnen, daß auch hier ein Handeln aus Not denkbar ist. Allein man müßte doch dem Gesetzgeber den schweren Vorwurf machen, daß er einen Auffangtatbestand neu in das Gesetz eingefügt hätte, der selbst wieder ausbesserungsbedürftig wäre. Zudem rechtfertigt die Seltenheit der denkbaren Fälle eine derartige Behauptung nicht. Die Absätze III und IV des § 264 a sind also nicht entsprechend innerhalb des § 265 a anwendbar.

Ein Rückblick auf den zurückgelegten Weg macht uns klar, daß wir bis jetzt den Anwendungsbereich des § 265 a gegenüber allen anderen Bestimmungen abgesteckt haben, die unmittelbar für Fälle des Automatenmißbrauchs in Anwendung gebracht werden können.

§ 265 a hat Hilfscharakter. Er kommt nur zum Zuge, soweit die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist, d. h. soweit die Tat nicht allgemein unter anderen Gesichtspunkten bisher schon bestraft werden konnte

und auch fürderhin bestraft werden kann. Dabei ist allerdings nur berücksichtigt, daß die strafbare Handlung sich direkt unter einen anderen Deliktstyp subsumieren läßt, nicht dagegen der heute gleichfalls in Erwägung zu ziehende Fall, daß die Tat durch analoge Anwendung einer Vorschrift erfaßt werden kann. Wir stehen also vor der weiteren Frage, ob § 265 a auch dann zurücktritt, wenn die Tat nach Analogie zu einer anderen Vorschrift mit schwererer Strafe bedroht ist. Gerade die Fälle, die den Gegenstand unserer Untersuchungen bilden, lassen den Gedanken an eine Behandlung im Wege der Analogie leicht aufkommen. Soll sie den Vorrang haben oder schließt der neu geschaffene § 265 a eine Bestrafung mit Hilfe der Analogie aus?

Zwischen einer subsidiären und der Analogievorschrift des § 2 besteht eine gewisse Aehnlichkeit. § 2 will die einer Ausfüllung bedürftigen Straftatbestandslücken schließen. Das geschieht durch die Zulassung der Bestrafung einer Tat, auf die kein bestimmtes Gesetz unmittelbar Anwendung findet, nach dem am besten passenden Grundgedanken eines Tatbestandes. § 2 füllt also eine Lücke nicht selbst aus, sondern gibt die Möglichkeit, sie mit Hilfe einer anderen Vorschrift auszufüllen. Auch eine subsidiäre Vorschrift setzt Lücken voraus. Sie schließt aber diese Lücken selbst und begnügt sich nicht damit, auf einen anderen Tatbestand zu verweisen. Diese Erkenntnis läßt einen zweifelsfreien Schluß auf das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander zu. Hat der Gesetzgeber, wie der Nachtrag zum Olshausen'schen Kommentar (vgl. oben S. 70) sagt, selbst eine Analogie vorgenommen, hat er also selbst durch die Aufstellung eines subsidiären Tatbestandes eine Lücke ausgefüllt, so hat er damit das Zurückgreifen auf die Hilfsnorm des § 2 untersagt. Diesen Willen läßt auch der Text des § 2 erkennen. Nur wenn auf die Tat kein bestimmtes Gesetz unmittelbar Anwendung findet, soll Analogie Platz greifen. Die subsidiäre Norm ist aber unmittelbar anwendbar.

In diesem Zusammenhang darf noch erwähnt werden, daß § 265 a selbst nicht analog angewandt werden darf, denn mit seiner Aufstellung hat der Gesetzgeber eine bestehende Lücke abschließend ausfüllen wollen. Ueber seine Grenze hinaus soll keine Bestrafung erfolgen, er gewährt hinreichenden Strafschutz.

Lebenslauf.

Am 11. April 1911 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Alois Triebler und seiner Ehefrau Maria geb. Tölle in Schwelm i. W. geboren. Ich bin arischer Abkunft und röm.-katholischer Konfession. Von Ostern 1917 an besuchte ich vier Jahre die katholische Volksschule meiner Heimat, sodann kam ich zum dortigen Reform-Realgymnasium, an dem ich am 14. Febr. 1931 die Reifeprüfung ablegte. Ich studierte dann Rechtswissenschaft, und zwar die ersten vier Semester in Tübingen (Württbg.) und das 5. bis 8. Semester in Bonn. In meinem 2. Semester starb mein Vater. Nach meinem 8. Studiensemester meldete ich mich zur ersten juristischen Staatsprüfung, die ich dann vor dem Prüfungsausschuß des Oberlandesgerichts in Köln am 9. April 1936 bestand. Seit dem 2. Juni 1936 bin ich im Vorbereitungsdienst. Augenblicklich bin ich vom Landgericht in Hagen i. W. zur Anfertigung meiner Doktorarbeit beurlaubt. Das Thema meiner Doktorarbeit wurde auf meinen Vorschlag von Herrn Professor Dr. Graf zu Dohna gebilligt, dem ich an dieser Stelle für seine Unterstützung bei der Bearbeitung des Themas danken möchte. Die mündliche Promotionsprüfung fand am 22. Juni 1937 statt.